‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ als ‘verschrikkelijk ongeluk’

Over de noodzaak van behoorlijk bestuur

Alex Brenninkmeijer[1]

Het rapport *Ongekend onrecht* van de parlementaire ondervraging naar de uitvoering van de Kinderopvangtoeslagen laat zien dat de werking van de democratische rechtsstaat is aangetast, omdat wetgever, bestuur en rechter te dicht op elkaar zitten. De respectering van grondrechten en de behoorlijke behandeling van burgers is niet gegarandeerd omdat er te weinig tegenkrachten zijn in ons constitutionele systeem. Ook de bestuursrechtwetenschap heeft het overigens af laten weten. Welke adviezen voor de kabinetsformateur volgen uit *Ongekend onrecht*?

Wie wist wat wanneer?

‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ vormt de belangrijkste conclusie uit het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag dat op 17 december 2020 is uitgebracht.[2] Daarnaast komt de ondervragingscommissie tot de conclusie dat de rijksoverheid de informatiehuishouding niet op orde heeft en dat de betrokken ouders ‘ongekend onrecht’ is aangedaan. Die laatste conclusie vormt de titel van het rapport, dat veel media-aandacht trok.[3]

Het ‘ongekende’ bestaat volgens de commissie uit drie onderdelen: de lange tijd die voorbijging voordat de ambtelijke en politieke top erkende wat mis was gegaan, omdat de informatievoorziening uit de Belastingdienst buitengewoon beperkt was en omdat de wijze waarop ouders aangepakt werden in geen verhouding stond tot wat hen – veelal onterecht – verweten werd.

Het doel van de parlementaire ondervraging, was meer zicht te krijgen op de politieke besluitvorming en de ‘hoogambtelijke’ verantwoordelijkheid en betrokkenheid daarbij die van invloed is geweest op het (fraude)beleid bij de kinderopvangtoeslag en de politieke reactie op signalen over de harde uitkomsten van het (fraude)beleid en de ‘alles-of-niets’ benadering. Met als kernvraag: Wie wist wat wanneer?

Uiteindelijk houdt de ondervragingscommissie wetgever, bestuur én rechter een spiegel voor, omdat het is misgegaan in al deze drie kerntaken van ons openbaar bestuur. Het falen in de trias politica resulteerde in het miskennen en schenden van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De ondervragingscommissie heeft brede bijval gekregen voor haar conclusies, al was er – niet ten onrechte – kritiek op de soms agressieve en vijandige stijl van ondervragen van verschillende hoofdrolspelers door sommige commissieleden.[4] In de media werd op enkele plaatsten van een ‘tribunaal’ gesproken. Het Kabinet vergaderde eind december over het rapport en besloot tot een standaardvergoeding aan de ouders van € 30.000 als eerste stap naar verder herstel.

‘We kunnen ons alleen maar schamen’

Begin 2021 zal de politieke discussie in de Tweede Kamer gevoerd worden. Op voorhand boden politici als Asscher en Rutte excuses aan en premier Rutte sprak van een ‘verschrikkelijk ongeluk’ waarvoor ‘we ons alleen maar kunnen schamen’.

Dat verschrikkelijke ongeluk bestond eruit dat ‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ en dat tienduizenden ouders geconfronteerd werden met

Het gaat er niet om dat onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden, maar dat *de waarborgfunctie van de rechtsstaat zelf blijkt te zijn aangetast*, waardoor de Belastingdienst zijn eigen rechtsorde kon scheppen en de toegang tot de rechter kon frustreren

stopzetting en volledige terugvordering van kinderopvangtoeslagen en wel op een zodanige wijze dat vele gezinnen gedurende een lange periode geruïneerd zijn en dat daarmee veel (kinder)geluk verloren is gegaan.

De ernstigst getroffenen behoren tot de lage inkomensgroepen omdat deze groep vanwege de inkomensafhankelijkheid de hoogste bedragen aan toeslagen ontving. Wanneer er signalen van onregelmatigheden kleefden aan een kinderopvanginstelling werden alle betrokken ouders behandeld op grond van een 'institutionele vooringenomenheid' bij de Belastingdienst. De Autoriteit Persoonsgegevens veroordeelde de selectie op basis van dubbele nationaliteit als onbehoorlijk en discriminatoir.[5] De schade aan deze gezinnen en vooral kinderen is onherstelbaar, in de zin van onomkeerbaar. Uiteindelijk valt de schade immers niet in geld uit te drukken.

De onderzoekscommissie stelt:

> 'Een grondbeginsel van onze rechtsstaat is dat zowel bij het maken als bij het uitvoeren van wetten zoveel mogelijk rekening gehouden moet worden met de belangen van mensen. Om goede redenen zijn rechtmatigheid en efficiëntie leidende principes bij het opstellen en uitvoeren van regelingen, op grond waarvan mensen aanspraak kunnen maken op een financiële bijdrage van de overheid. Bij rechtmatigheid hoort ook het voorkomen en tegengaan van fraude en misbruik.'[6]

Deze formulering van dit grondbeginsel van de rechtsstaat is redelijk ruim en lijkt met het vermelden van 'tegengaan van fraude en misbruik' eerder een politiek compromis dat losstaat van de kernwaarden die veelal verbonden zijn met het begrip rechtsstaat: de gebondenheid van de overheid aan het recht, respectering van grondrechten met inbegrip van de beginselen van behoorlijk bestuur, toegang tot de rechter en onafhankelijke rechtspraak. Fraudebestrijding mag, maar binnen de grenzen van het recht.

Bovendien gaat het er niet om dat onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden, maar dat *de waarborgfunctie van de rechtsstaat zelf blijkt te zijn aangetast*, waardoor de Belastingdienst zijn eigen rechtsorde kon scheppen en de toegang tot de rechter kon frustreren. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State gaf de Belastingdienst ruim baan door slechts te toetsen op het door de Belastingdienst ingenomen standpunt en maakte geen eigen afweging op basis van een behoorlijke interpretatie van de wet.

Van een 'verschrikkelijk ongeluk' naar schending van de grondbeginselen van de rechtsstaat, de vraag is wat er aan de hand is in de Nederlandse staat dat dit omvangrijke drama zich jarenlang heeft kunnen voordoen. Deel van het drama is dat voor zover herstelmaatregelen al mogelijk zijn, die erg lang – globaal meer dan twee jaar – op zich laten wachten. Kennelijk is ons overheidssysteem niet in staat om gepast op falen te reageren, zoals eerder bij de Groninger gaswinning bleek. Zo zijn de slachtoffers van 'het verschrikkelijke ongeluk' voor de tweede keer slachtoffer geworden, een bekend fenomeen in de victimologie.

Pas na jaren is als reactie op het rapport – hals over kop – besloten tot een schadeloosstelling van € 30.000 als eerste aanzet tot eventuele verdere compensatie. De eerste fase van uitbetaling daarvan zal alleen al maanden duren en de vervolgfase kan nog jaren in beslag nemen. De compensatie is, op advies van de commissie Donner,[7] volledig gejuridiseerd als onrechtmatige overheidsdaad waardoor andere mogelijkheden buiten beschouwing bleven, bij voorbeeld een compromis vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, zoals in belastingzaken gebruikelijk.

Systeemfalen: 'Niemand is verantwoordelijk'

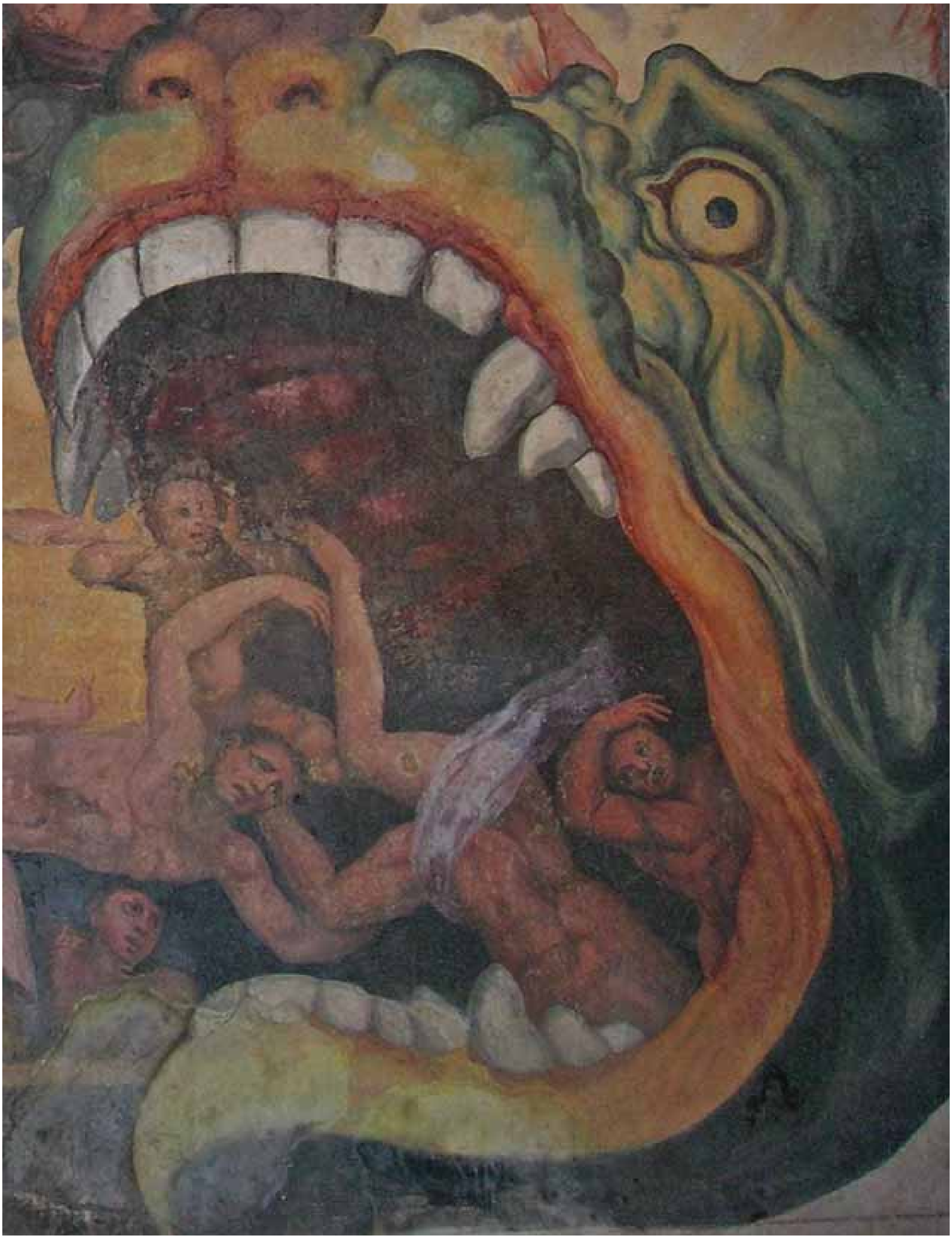
'Iedereen is verantwoordelijk, niemand is verantwoordelijk' zou de – onbevredigende – samenvatting kunnen zijn van de getuigenverklaringen van de betrokken hoge ambtenaren en bewindspersonen. De toeslagenaffaire is echter niet goed te begrijpen wanneer het als een optelsom van mogelijk gemaakte fouten wordt beschouwd. In een bepaald opzicht werkte het systeem zelfs 'perfect', in die zin dat over een periode van jaren van kabinet tot kabinet de politieke doelstelling van harde fraudebestrijding –

Auteur

1. Prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer is hoogleraar Institutionele aspecten van de rechtsstaat aan de UU en lid van de Europese Rekenkamer. Met dank aan S. Palmen, Strategisch adviseur/senior jurist Formeel recht bij de Belastingdienst en advocaat E. González Péres, die zo'n vijftig slachtoffers bijstond, voor hun suggesties.

Noten

2. www.tweedekamer.nl/kamerleden_en_commissies/commissies/pok.
3. www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf, hierna: rapport.
4. www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/schuld-belastingdienst-lijkt-bij-voorbaat-vast-te-staan-voor-vijandige-kamercommissie~b1d8fd1c/.
5. Onderzoeksrapport z2018-22445.
6. P. 7 van het rapport.
7. www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ontwikkelingen-belastingdienst/adviescommissie-uitvoering-toeslagen.



Leviathan in het fresco 'Het Laatste Oordeel' geschilderd door Giacomo Rossignolo (1524-1604) - Madonna dei Boschi, Boves, Italië.

niets ontziend – gerealiseerd werd. De Belastingdienst Toeslagen wist zich effectief te verweren en de Afdeling Bestuursrechtspraak steunde met zijn rechtspraak de harde aanpak. De politieke schade werd hoofdzakelijk geleden door de val van de staatssecretarissen Weekers en Snel, hoewel nog afgewacht moet worden wat het Kamerdebat over het onderzoeksrapport teweegbrengt.

De toeslagaffaire moet echter gezien worden als een systeemfalen, in die zin dat de democratische rechtsstaat als waarborgsysteem niet goed gewerkt heeft en niet slaagt voor een 'stresstest rechtsstaat'.[8] Dat waarborgsysteem is complex en voor een analyse van dat falen kan niet primair en alleen gekeken worden naar de verschillende onderdelen van dat falen, omdat de kern van het

Het antwoord: ‘ik wist niet’ uit hun monden houdt een perverse omkering van de ambtelijke en ministeriële verantwoordelijkheid in

falen mede bepaald is door de onderlinge afhankelijkheid van de onderdelen van het systeem. De gemene deler is te vinden in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo is behoorlijke rechtspraak afhankelijk van betrouwbare informatie in het procesdossier, zoals vereist in artikel 8:42 Awb, van deugdelijke wetgeving, van juiste uitvoering van wet- en regelgeving en van rechters die niet zozeer toetsen of de overheid – de Belastingdienst – een bepaald besluit heeft kunnen nemen, maar toetst of de rechten van de betrokken burger geschonden zijn.

Bovendien is het belangrijk om te weten wat de uiteindelijke oorsprong is van dat systeemfalen. Die oorsprong vormt het onvoldoende werken van terugkoppelingsmechanismen, het negeren en vervormen van terugkoppelingssignalen of het onvoldoende reageren op die signalen. De kern van onze democratische rechtsstaat is dat die berust op de werking van vele terugkoppelingssystemen die daarmee de kracht van de democratische rechtsstaat bepalen. *Checks and balances* – kracht en tegenkracht – in de dagelijkse praktijk van ons bestuursrecht.[9] Het rapport *Ongekend onrecht* legt bloot hoe zeer de werking van deze tegenkrachten aangetast blijkt te zijn.

De ondervragingen die leidden tot het rapport *Ongekend onrecht* leidde bij menig beschouwer tot de haast wanhopige conclusie dat van de hoogste ambtenaren en de bewindspersonen niemand gedurende heel lange tijd iets wist van de gevolgen van de starre uitvoeringspraktijk van de toeslagenwetgeving. Voor de hoge ambtenaren (SG/DG) en in nog sterkere mate voor de bewindspersonen gold dat zij verantwoordelijk waren voor die uitvoering en dat de bewindspersonen ten volle politiek verantwoordelijk zijn. Het antwoord: ‘ik wist niet’ uit hun monden houdt een perverse omkering van de ambtelijke en ministeriële verantwoordelijkheid in. Voor dit ‘ik wist niet’ moet staan: ‘ik had moeten weten’, een kwestie van moreel leiderschap.[10]

Hetzelfde geldt voor de gebrekkige of ontbrekende informatie over de besluitvorming binnen ministeries en binnen de speciale ministeriële commissie voor de rijksbrede aanpak van fraude. De ondervragingscommissie stelt dit onder meer aan de orde als de ‘Rutte doctrine’, op grond waarvan zo min mogelijk werd vastgelegd over beraadslaging en besluitvorming. Democratische parlementaire controle is afhankelijk van adequate informatie. Natuurlijk moet er ruimte zijn voor ‘veilig’ overleg binnenskamers, maar uiteindelijk moeten politici actief informatie verschaffen zodat de wijze waarop bepaalde beleidskeuzes zijn gemaakt traceerbaar is, zodat duidelijk is welke bewindspersoon waarvoor verantwoordelijk is. Dat is het fundament van democratie.

Terugkoppeling had kunnen leiden tot tijdig stoppen

Terugkoppeling had kunnen leiden tot tijdig stoppen. Dit valt te illustreren door verschillende momenten uit het ‘faalproces’ te lichten en te kijken wat er eventueel gebeurd was als de terugkoppeling wél had gefunctioneerd.[11] Minister Asscher ontving in 2013 en 2014 brieven van getroffenen met duidelijke signalen dat de gevolgen van de terugvorderingen desastreus waren. Op dat moment laat hij die brieven rusten (geen bemoeienis met individuele gevallen) en pas achteraf zegt hij dat hij toen al had moeten doorvragen, zodat hij erachter had kunnen komen wat de aard van het probleem was.[12]

De Raad van State adviseerde om een hardheidsclausule op te nemen, maar de veelgeplaagde Raad voor de Rechtspraak adviseerde tegen dit voorstel omdat dat tot veel rechtszaken zou kunnen leiden. De Landsadvocaat adviseerde negatief over onder andere de ‘alles of niets’-benadering, maar dat advies werd terzijde gelegd. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State had de Belastingdienst Toeslagen veel eerder in het ongelijk kunnen stellen. De Algemeen Directeur/Het management van de dienst Toeslagen had gepast kunnen reageren op een notitie van de vaktechnisch coördinator (meest senior jurist) die in maart 2017[13] wees op de onrechtmatigheid van de aanpak en de noodzaak verder procederen achterwege te laten en tot schadevergoeding te komen. Deze nota werd genegeerd en de functie vaktechnisch coördinator werd uitgehold bij Toeslagen.

Toen de DG Belastingdienst bij zijn collega van SZW te rade ging over de vraag of de wetgeving echt zo strikt moest worden toegepast (de ‘alles of niets’-benadering) hadden ze in goed overleg ervoor kunnen kiezen een behoorlijke toepassing van de wet af te spreken en de kwestie zo voor te leggen aan de bewindspersonen. De Nationale ombudsman heeft bij meerdere zaken geïntervenieerd en elke interventie vormde een belangrijk signaal. De Nationale ombudsman verwijst in 2017 naar een eerder rapport uit 2016 waarin hij in feite dezelfde bevindingen en aanbevelingen al neerschreef.[14]

De commissie constateert dat er in de afgelopen vijftien jaar meerdere momenten zijn geweest waarop bewindspersonen en de ambtelijke top andere keuzes hadden kunnen maken, mede op grond van de signalen.[15] Bovendien vraagt de commissie zich af waarom ondanks de beschikbare inzichten en signalen het beleid voor de kinderopvangtoeslag is gehandhaafd, en waarom niet eerder is overgegaan tot tegemoetkoming van getroffen ouders.

8. A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Stresstest rechtsstaat Nederland’, *NJB* 2015/740, afl. 16, p. 1046-1055.
9. A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Een sterke staat’, in: E.R. Muller, H.R.B.M. Kummeling & R. Nehmelman, *Instituten van de staat*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.
10. A.F.M. Brenninkmeijer, *Moreel leiderschap*, Prometheus, 2019.
11. Zie hoofdstuk 3 van het rapport.
12. P. 54 van het rapport.
13. Zie memo Palmen, *Kamerstukken II* 2020/21, 31066, 753, d.d. 11-12-2020.
14. Rapport Nationale ombudsman 2017/095 en 2016/119.
15. P. 30 van het rapport, derde onderzoeksvraag.

Op deze vraag is een wat abstract antwoord mogelijk, namelijk dat alle individuele actoren (bewindspersonen, ambtenaren, parlementariërs en rechters) 'systeemgedrag' vertonen. Het is niet mogelijk om zonder je geloofwaardigheid tegenover 'peers' in het systeem te verliezen ander gedrag te vertonen. Op die manier houdt de huidige 'Haagse' cultuur het conflictmijdende gedrag in stand. Tijdens het onderzoek werd duidelijk dat niemand besloten heeft om die ouders 'te pakken'. Men voerde wet- en regelgeving uit zonder zich voldoende te vergewissen van de uitwerking hiervan. 'Gerobotiseerd' noemde een van de getuigen dit. Op zich deed iedereen zijn/haar best, maar het samenstel van handelingen leidde uiteindelijk tot het langjarige 'ongekend onrecht.'

Ter illustratie: begin 2013 ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW bezocht de Nationale ombudsman ter kennismaking met Rutte II de nieuw aangetreden Minister Asscher en Staatsecretaris Klijnsma van SZW. Bij die gelegenheid heeft hij hen beiden afzonderlijk met klem gewezen op de desastreuze gevolgen van het door SZW onder Rutte I ingezette sanctierecht.[16] Beiden vermeden een gesprek hierover. Bij Rutte II was uitgangspunt dat de harde aanpak van fraude die onder Rutte I was ingezet, doorgezet zou worden. In het regeerakkoord Rutte I stond:

> 'Hardere aanpak fraude uitkeringen. Fraude met uitkeringen ondermijnt de solidariteit. Onterecht verstrekte uitkeringen zullen daadwerkelijk worden teruggevorderd, ongeacht de hoogte van de fraude.'[17]

Het regeerakkoord is voor bewindspersonen leidend en individuele afwegingen worden in de coalitie niet geaccepteerd.

Niet alleen het regeerakkoord, maar ook wetgeving, bestuurlijke tradities, budgettaire beperkingen en meer algemeen de 'Haagse' politieke, bestuurlijke en ambtelijke cultuur vormen dwingende kaders. De 'Haagse bubbel' houdt een 'cultuurgemeenschap' in waarin overtuigingen, taboes en benaderingen op elkaar zijn afgestemd. De 'toon aan de top' is richtinggevend voor loyale ambtenaren. Dit effect wordt nog versterkt door de toenemende politisering van de ambtelijke top die oud-topambtenaar Bekker signaleert.[18] Als de zin 'fraude ondermijnt de solidariteit' politiek leidend wordt dan bestaat het risico dat dit uitgangspunt ambtelijk tot de uiterste consequenties wordt doorgevoerd en een proportionaliteitstoets als deloyaal tot 'taboe' wordt.

Sinds Rutte I werd fraudebestrijding een politiek '*selling point*'[19] en premier Rutte presideerde sinds 2013 de speciale ministeriële commissie voor de rijksbrede aanpak van fraude. Fraudebestrijding berustte op een *business case* waarbij de handhavingskosten terugverdiend werden door de inkomsten ervan, of zelfs winstgevend werd.[20] De Belastingdienst werd bij de kabinetsformatie Rutte II geconfronteerd met een 'taakstelling' – bezuiniging – van € 400 miljoen, waarvan € 200 terugverdiend werd door 'efficiënter werken'. In de woorden van de DG: '*Nee, uit mijn hoofd gezegd – ik kan er een paar tiende naast zitten – zou elke € 1 [aan fraudebestrijding] je € 3,40 opbrengen. Dat was mijn idee.*' Het 'winstgevend' zijn van fraudebestrijding maakt de stopzetting/terugvordering/beboeting tot een – pervers – doel, waarbij de proportionaliteit al snel uit het oog verloren wordt.

Fraudebestrijding berustte op een *business case* waarbij de handhavingskosten terugverdiend werden door de inkomsten ervan, of zelfs winstgevend werd

Deze proportionaliteit werd op drie manieren opgeofferd:

Ten eerste de 'alles-of-niets' benadering, waardoor bij administratieve onvolkomenheden het recht op toeslag voor een langere periode verviel.[21] Deze benadering berustte niet op de wet, maar betrof een beleidskeuze die ingegeven werd door een rigide interpretatie van de wet, die door de landsadvocaat ontraden was wegens gebrek aan proportionaliteit, maar die door de Afdeling Bestuursrechtspraak jarenlang gesteund werd. Sterker nog, de jurisprudentie van de ABRvS vormde een belangrijke steun in de rug voor de Belastingdienst.[22]

Ten tweede, de groepsgewijze – niet individuele – aanpak waardoor onder toepassing van de '80/20'-benadering bonafide ouders aangepakt werden en niet onder deze groepsaanpak uit konden komen.

Ten derde hanteerde Toeslagen de 'opzet/grove schuld'-benadering bij de invordering van de terugvordering, waarbij ouders door de kwalificatie 'opzet/grove schuld' geen betalingsregeling konden treffen.[23] Uiteindelijk blijkt in maart 2020 dat in de periode 2012-2019 aan 25.000 à 35.000 personen de kwalificatie opzet of grove schuld is toegekend. Uit een steekproef bleek dat in 94% van de gevallen deze kwalificatie als onterecht kan worden bestempeld, omdat er (nauwelijks of) geen schuldonderzoek heeft plaatsgevonden, de reden niet goed is vastgelegd, er niet evident sprake is van opzet of grove schuld of omdat de kwalificatie niet goed is gemotiveerd en zelfs niet kenbaar was gemaakt, richting de betrokken ouders.

Het gebrek aan terugkoppeling in het functioneren van onze democratische rechtsstaat wordt duidelijk wanneer we analyseren op welke wijze de toeslagenaffaire uiteindelijk wél tot een halt kwam. Het begon met de acties van getroffen ouders die, dankzij hun vastberaden advocaat pas na meerdere keren aankloppen leidden tot een rapport van de Nationale ombudsman[24] en eveneens na meerdere keren aankloppen tot een oordeel van de Autoriteit Persoonsgegevens.[25] Onderzoeksjournalisten van *Trouw*[26] en *RTLNieuws*[27] en de Tweede Kamerleden Leijten en Omtzigt hebben – ondanks de onvolledige en gebrekkige informatie van de Belastingdienst – alsnog de ernst van de toeslagenaffaire op de agenda van de Tweede Kamer weten te krijgen.

Als het gaat om het analyseren van de effectiviteit van de rechtsstatelijke waarborgfunctie is een analyse van de bezwaar- en beroepsprocedures in de kinderopvangtoeslagaffaire belangrijk.

Frustreren rechtsbescherming

Dankzij analyses van Marseille[28] en Zijlstra[29] is redelijk zicht verkregen op de achterliggende jurisprudentie van de ABRvS. Maar ook het rapport van de Nationale ombudsman geeft meer zicht op de problemen die ouders hebben ervaren in hun communicatie met de Belastingdienst en in het bijzonder in de bezwaarfase.

Voor een goed begrip van de betekenis van rechtsbescherming in de kindertoeslagaffaire is belangrijk vast te stellen dat de aanpak van malafide gastouderbureaus via de ouders liep, omdat aan hen de toekenning van de toeslag plaatsvond. Regelmatig verstrekten de ouders de eigen Digid-gegevens vanwege de ingewikkelde aanvraagprocedure aan het gastouderbureau. Bij opschorting, stopzetting en terugvordering kregen de ouders de rekening gepresenteerd voor eventueel malafide praktijken. Deels ging het ook om lucratieve initiatieven van gastouderbureaus waarbij ouders benaderd werden om via hen toeslag aan te vragen waarbij zelfs de verschuldigde eigen bijdrage door het gastouderbureau zelf vergoed werd (de 'gratis' kinderopvang, vaak met tussenkomst van opa's en oma's).[30] Ook die praktijk leidde tot fraude-aanpak en via de alles-of-niets-benadering moest uiteindelijk de volle som van de toeslag terugbetaald worden door de ouders.

De Belastingdienst heeft getracht om het werk van bepaalde gastouderbureaus een halt toe te roepen door de aangesloten ouders te intimideren en mogelijk malafide praktijken af te straffen door bij ouders de kinderopvangtoeslag terug te vorderen. Daaruit vloeide ook voort dat de Belastingdienst koos voor een groepsgewijze aanpak, waarbij het niet om het – al dan niet verwijtbare handelen van individuele ouders ging – maar om alle ouders, aangesloten bij een (al dan niet ten onrechte) als malafide geïdentificeerd gastouderbureau.

Op basis van het rapport van de Nationale ombudsman is komen vast te staan dat onder meer in de 'CAF 11-zaak' de toeslagen op een onrechtmatige wijze groepsgewijs – 232 gezinnen – zijn stopgezet, bovendien ontbrak *fair play* in de (aanloop van) bezwarenprocedures en duurde de afhandeling van de bezwaren veel te lang: jarenlang.[31] De verklaring van de advocaat gedurende de parlementaire ondervraging geeft een beeld van de vele vormen van obstructie en schendingen van algemene beginselen van de zijde van de Belastingdienst.

Die obstructie berustte voor een belangrijk deel op interne instructies over het al dan niet geven van het onderliggende dossier of van bepaalde stukken uit het

Het zou goed zijn al deze instructies systematisch te analyseren om te begrijpen hoe defensief – en misleidend – de Belastingdienst te werk is gegaan

dossier. Het zou goed zijn al deze instructies systematisch te analyseren om te begrijpen hoe defensief – en misleidend – de Belastingdienst te werk is gegaan. Vaststaat bij voorbeeld dat de zaaksbehandelaar over méér stukken beschikte dan in bezwaar beschikbaar waren voor de ouders (als zij al stukken kregen) en dat ook de rechter minder stukken kreeg, die betrekking hadden op de zaak, dan die beschikbaar waren.

De bezwaarbehandelaar werd ook geacht af te stemmen met de zaaksbehandelaar, iets wat de wettelijke verankerde onafhankelijkheid in de bezwaarfase aantast. Daarnaast werd het opschorten van de toeslag (artikel 23 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen Awir) juridisch gebaseerd op het herzien naar nihil (artikel 16 Awir). Hoewel de uitkomst ogenschijnlijk dezelfde leek, werden door de toepassing van de onjuiste wettelijke grondslag diverse rechtsbeginselen geschonden. Zo werd de ouders de mogelijkheid van het (tijdig) indienen van bezwaar en beroep ontnomen.

Als het om de rol van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State gaat, die door de parlementaire ondervragingscommissie mede ter discussie wordt gesteld, kan uit de analyse van Marseille afgeleid worden dat de Afdeling geoordeeld heeft dat de Belastingdienst bij de stopzetting/terugvordering geen beleidsruimte had, terwijl onduidelijk is waarop dat oordeel berust omdat de wettelijke tekst voor die beperking geen aanleiding geeft.

De terugvordering op basis van artikel 26 Awir, waarin is bepaald *dat als een herziening van een tegemoetkoming of een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd*, kan op meerdere manieren gelezen worden. Zeker wanneer bij de interpretatie niet alleen naar de tekst van de wet, maar ook de context van het toeslagensysteem en het doel van de

16. https://nos.nl/artikel/444720-kritiek-ombudsman-op-fraudewet.html.
17. www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2010/09/30/regeerakkoord-vvd-cda, p. 45.
18. www.nrc.nl/nieuws/2020/11/27/herstel-de-verstoorde-relatie-tussen-ambtenaren-en-politici-a4021709.
19. Minister van Justitie Opstelten was lid van speciale ministeriële commissie voor de rijksbrede aanpak van fraude. Zie over zijn '*law and order*'-benadering het Jaarboek 2020 van het Centrum voor Parlementaire geschiedenis: *Het geplaagde ministerie van Justitie*, Boom, 2020 en de bijdrage van Bert Kreemers, 'Gevierd, dolend en vermalen op het ministerie: Ivo Opstelten', p. 45 e.v., www.ru.nl/cpg/publicaties/jaarboeken/vm/jaarboek-2020-geplaagde-ministerie-justitie/.
20. DG Veld, verslag, p. 62.
21. P. 20 e.v. van het rapport.
22. DG Veld.
23. P. 23 e.v. van het rapport.
24. No 2017/095.
25. Onderzoeksrapport z2018-22445.
26. www.trouw.nl/dossier/kinderopvang-toeslag.
27. www.rtlnieuws.nl/tags/onderwerpen/economie/belasting/toeslagenwet/kinderopvangtoeslag.
28. B. Marseille, *Ars Aequi* april 2020, 393. Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen? Annotatie bij ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS: 2019:3535. Hij is ook gehoord door de parlementaire onderzoekscommissie.
29. S.E. Zijlstra, Bijlage 2 bij rapport *Ongekend onrecht*. Paper: Alles of niets. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake terugvordering van kinderopvangtoeslag in de periode van 2010 tot 23 oktober 2019.
30. De zin en onzin van de toeslagen staat niet ten onrechte ter discussie.
31. *Geen powerplay maar fair play, Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*, rapport 9 augustus 2017, No 2017/095, p. 23.

De opstelling van de Afdeling was echter gouvernementeel en de noodzakelijke onpartijdige attitude heeft ontbroken

bepaling gekeken was. Dwingend ten aanzien van *het totale bedrag* (alles of niets) dan wel dwingend ten aanzien van slechts *het teveel betaalde*.

Bovendien bood de achterliggende bepaling van artikel 7 lid 1 Wet kinderopvang (Wko) ook ruimte. Tussen de DG Belastingdienst en de DG van SZW was over de 'alles of niet-benadering' immers discussie gevoerd en SZW handhaafde deze harde aanpak. Feit is dat de jurisprudentie voortvloeit uit de door de overheid als partij – de Belastingdienst – ingenomen standpunten. De jurisprudentie over de 'afrondingsverschillen' is hier een treffend voorbeeld van. Vaststaat dat er procedures zijn gevoerd over het mogelijk ontbreken van betalingsbewijzen tot op de laatste eurocent.

De jurisprudentie – het DNA van de Afdeling Bestuursrechtspraak – houdt sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht tal van beperkingen in voor procespartijen (bij voorbeeld de fuiken en het nauwelijks toepassen van de evenredigheidstoets).[32] In het kader van het pleidooi voor meer 'responsief bestuursrecht' en 'maatwerk' wordt gezocht naar een meer burger gericht bestuursprocesrecht.[33] De gewraakte jurisprudentie uit 2016 (die uiteindelijk al in 2011 begint)[34] wordt door de Afdeling in 2019 met een opmerkelijke uitspraak verlaten, waardoor aan de 'alles of niets'-benadering van de Belastingdienst uiteindelijk een halt wordt toegeroepen.

Marseille constateert dat voor de onderbouwing door de Afdeling van de 'alles of niets'-benadering destijds geen steun was in de wet, omdat het dwingende karakter er niet letterlijk stond en zoals gezegd artikel 7 lid 1 Wko ruimte bood. Zijlstra is in zijn analyse in de bijlage van het rapport wat voorzichtiger – te voorzichtig? – en sluit niet uit dat een minder rigide benadering door de Belastingdienst door de Afdeling gevolgd was. Hierover zal nog niet het laatste woord gezegd en geschreven zijn, maar het geeft te denken dat de belangrijkste rechtsstatelijke waarborg – de rechter – het af heeft laten weten en daardoor grote speelruimte gaf aan de Belastingdienst door een 'alles of niets'-benadering toe te laten op basis van een niet noodzakelijke rigide lezing van artikel 26 Awir in samenhang met artikel 7 Wko.

Als je als rechter in concrete zaken ziet hoe disproportioneel de gevolgen van besluiten van de Belastingdienst zijn, dan kies je voor een uitleg als die van Marseille. De opstelling van de Afdeling was echter gouvernementeel en de noodzakelijke onpartijdige attitude heeft ontbroken. Een ander punt betreft het op zich juiste oordeel van de Afdeling dat het opschorten van een toeslag onder strikte juridische waarborgen mogelijk was maar dat de Belastingdienst deze juridische waarborgen omzeilde door de opschorting te baseren op de juridische figuur van herzien naar nihil waardoor diverse rechtsbeginselen werden geschonden. Dit 'laakbare'[35] handelen door de Belastingdienst is door de Afdeling vastgesteld maar desondanks in stand gehouden.

Aanbevelingen voor de kabinetsformatie

Nu het debacle van de kindertoeslagen zich in de maanden vóór de Kamerverkiezingen voltrekt, is het wellicht zinvol om te bezien welke adviezen bij de kabinetsformatie in het regeerakkoord voor het nieuwe kabinet vastgelegd zouden moeten worden als het gaat om het restaureren van de waarborgfunctie van onze democratische rechtsstaat. Welke lessen zijn er te trekken?

Uiteindelijk moet het gaan om het versterken van de terugkoppeling door verschillende tegenkrachten in ons openbaar bestuur. De trias politica is in de afgelopen decennia een duas politica geworden omdat regering en de regeringsmeerderheid in het parlement in een symbiotische relatie opereren. Daarmee is de wetgever zelf partijdig geworden.[36] Bovendien is er in dit 'tweepolige systeem' veel meer druk op de rechter komen te liggen, omdat het parlement zelf een verzwakte tegenkracht is.[37]

Het regeerakkoord vormt een belangrijk instrument voor moderne regeringsvorming – zeker gelet op de fragmentatie van het partijlandschap. De eerste regel van het regeerakkoord zou moeten refereren aan het vertrouwen van de burger in de overheid en de noodzaak om de burger steeds behoorlijk te bejegenen. De meeste burgers zijn te vertrouwen.[38] De tragiek is dat dat minder geldt voor de overheid zelf (zie decentralisatie Jeugdzorg, Groningen, CBR, uitvoering[39] door UWV, SVB en andere toeslagenaffaires, enz.).

Premier Rutte noemt de kindertoeslagaffaire een 'verschrikkelijk ongeluk'. Een dergelijk ongeluk valt te voorkomen met goed bestuur, behoorlijk bestuur. Daarom zou de eerste zin van het regeerakkoord moeten luiden:

> 'Al het overheidshandelen is toetsbaar op behoorlijk bestuur. De resultaten van wetgeving, uitvoering en rechtspraak moeten steeds op behoorlijk bestuur georiënteerd zijn en wetgever, uitvoerder en rechter zijn daarop steeds aanspreekbaar.'

Veel wordt gesproken over versterking van 'de menselijke maat' bij overheidsoptreden. De concretisering daarvan kan plaatsvinden door de behoorlijkheid (zie de taak van de Nationale ombudsman) en in het verlengde hiervan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur centraal te plaatsten in al het overheidshandelen: wetgeving, uitvoering en rechtspraak.

Ambtenaren moeten niet alleen trouw zijn aan 'de wet', maar ook aan de behoorlijkheid die een verantwoorde toepassing van de wet mogelijk maakt en vooral kan bijdragen aan respect voor de betrokken mensen. Immers de ruime bevoegdheden in de wet- en regelgeving vinden hun begrenzing in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die ook tot hun recht kunnen komen door niet legalistisch naar de wet te kijken maar bij de interpretatie ervan naast de tekst van de wet, te kijken naar context en doel van de wetgeving.[40]

De integriteit van ambtenaren moet bevorderd worden door meer aandacht te schenken aan waarden, zoals de behoorlijkheidsbeginselen in de dagelijkse praktijk.[41]

De politisering van de ambtelijke top moet een halt worden toegeroepen. Bewindspersonen moeten bereid zijn om tegenspraak in hun eigen ministeries integer en onafhankelijk te organiseren. De rechter moet vervolgens de behoorlijkheid voorop plaatsten in zijn oordeelsvorming en niet volstaan met een te technocratische wetstoepassing en toetsing van bestuursbesluiten in plaats van rechtsbescherming te bieden, omdat die beperking de waarde van rechtspraak ondermijnt.

De bestuursrechter, in het bijzonder de Afdeling Bestuursrechtspraak moet zijn Awb-jurisprudentie grondig heroverwegen, omdat die op veel punten te formalistisch en te ingewikkeld is. Het DNA van de Afdeling kan – ondanks de stikstofuitspraak[42] – als gouvernementeel beschouwd worden. De geschiedenis van de Raad van State met wetgevingsadvisering én rechtspraak laat een sterke verbondenheid met de regering en met de 'Haagse bubbel' zien, die keer op keer bij de buitenwacht verwondering kan opwekken. Voor het vertrouwen van de burger in onafhankelijke bestuursrechtspraak is het noodzakelijk om de toedeling van rechtsmacht aan de vier hoogste bestuursrechters (CRvB, CBb, ABRvS en HR) te heroverwegen.[43] Hoewel formeel onderling gecoördineerd wordt, hebben deze vier rechtscolleges ieder een eigen rechtspraakcultuur, waarbij de Afdeling bij voorbeeld veel minder ruimte laat voor afweging in een concreet geval dan de belastingkamer bij de Hoge Raad.[44]

De 'informatiehuishouding' van de overheid op orde brengen zoals uit de conclusies in het rapport voortvloeit, vormt een wellicht abstract thema. Waar het concreet op neer komt is het door ministeries en bewindspersonen tactisch omgaan met informatie (achterhouden, verhullen, weglakken) en in het bijzonder informatie in bezwaarprocedures, procedures bij de Nationale ombudsman en bij de rechter, maar ook richting Tweede Kamer. In de bezwaar- en beroepsfase heeft het bestuursorgaan de wettelijke verplichting tot inzage geven respectievelijk het verstrekken van alle 'op de zaak betrekking hebbende stukken' op grond van artikel 8:42 Awb. Aan het achterhouden van informatie zou voor de betrokken overheidsdienaren en politici een merkbaar nadeel moeten zitten. De bestuursrechter zou bij voorbeeld bij het manipuleren of achterhouden van informatie een veroordeling in de proceskosten of boete moeten kunnen vaststellen ten laste van de ambtenaar of minister in kwestie. Bovendien zou een minister die ontslag neemt wegens het onjuist of onvolledig informeren van de Kamer een korting moeten krijgen op zijn wachtgeld. Zoals de burger in zijn verkeer met het openbaar bestuur persoonlijk geraakt kan worden, moet dat ook voor ambtenaren en bewindspersonen gelden.

Ten slotte moet de Rutte-doctrine sneuvelen, omdat die te verhullend werkt en democratische controle hindert. Er moet ruime zijn voor vertrouwelijke advisering en beraad, maar steeds mag verlangd worden dat het spoor van besluitvorming in de vele verschillende geledingen van de overheid, voor het parlement en voor het bredere publiek traceerbaar is. In het verlengde hiervan moet de oekaze Kok op grond waarvan direct contact tussen Kamer en ambtenaren uitgesloten is expliciet ingetrokken worden en vervangen door een convenant tussen Kamer en kabinet waarin deze vorm van informatie-uitwisseling nader bepaald wordt.

Besluit

Jurist Zijlstra constateert dat de draconische bejegening van kindertoeslagfraude buiten beeld is gebleven bij de rechtswetenschap. Dat valt te betreuren. Bij 15 jaar Awb en 25 jaar Awb zijn vuistdikke opstellenbundels verschenen over alle bijzondere aspecten van deze wet. Daarmee vormen zij een tastbare illustratie van de complexiteit van dit rechtsgebied en de wijze waarop juristen, advocaten, rechters en rechtsgeleerden elkaar bezighouden. De jurisprudentie van de bestuursrechters wordt minutieus bijgehouden en geannoteerd. Die intensieve aandacht van bestuursrechtjuristen heeft niet kunnen voorkomen dat de Awb-jurisprudentie in 25 jaar uitzonderlijk burgeronvriendelijk is geworden.[45] De kindertoeslagenaffaire kwam echter pas in beeld toen de Afdeling Bestuursrechtspraak om ging in zijn rechtspraak. Wat ontbreekt in de bestuursrechtwetenschap is een antwoord op de vraag hoe eenvoudige burgers toegang tot het recht kunnen krijgen en aanspraak kunnen maken op de rechtsstatelijke bescherming van de grondrechten en de behoorlijkheidsbeginselen die hun toekomt. ●

32. Zie voor een overzicht: A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans: bejegening, beslechting en bewijs* (diss. Utrecht), 2019, https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/388143.

33. Zie preadviezen Vereniging voor Bestuursrecht 2020: https://verenigingbestuursrecht.nl/activiteiten/var-jaarvergadering-2020/.

34. Zie Zijlstra, p. 120 van het rapport.

35. Zie memo Palmen: *Kamerstukken II* 2020/21, 31066, 753, d.d. 11-12-2020.

36. Zie ook de analyse en oplossingen van de Staatscommissie parlementair stelsel, https://www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/

37. De discussie over de 'dikastrocatie' in de Tweede Kamer vormt hiervan een illustratie: www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A00508.

38. www.trouw.nl/nieuws/ombudsman-de-overheid-wantrouwt-haar-burgers~b65a7152/.

39. Het rapport van de Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties zal ook belangrijke inzichten kunnen bieden, https://www.tweedekamer.nl/kamerleden_en_commissies/commissies/tcu.

40. Zie ter illustratie: Cass R. Sunstein Justice Breyer 's Pragmatic Constitutionalism 2006 https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12340&context=journal_articles.

41. A.F.M. Brenninkmeijer, *Moreel leiderschap*, Prometheus, 2019.

42. https://www.raadvanstate.nl/@115651/pas-mag/.

43. Het gaat hier om de 'derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie' uit 1994, die mede door grote druk vanuit de Raad van State vastgelopen en uiteindelijk afgeblazen is. Discussienota over de derde fase herziening rechterlijke organisatie (*Kamerstukken II* 1993/94, 23701). Zie ook de suggestie van Geert Corstens en anderen om de hoogste bestuursrechtspraak bij de Hoge Raad onder te brengen, https://www.nrc.nl/nieuws/2020/12/29/nu-is-duidelijk-de-rechter-hoort-niet-bij-de-raad-van-state-a4025503.

44. Deze Awb-jurisprudentie vindt zijn oorsprong in vele driepartijen-geschillen in de ruimtelijke ordening en het milieurecht. Deze jurisprudentie past niet goed bij veel tweepartijen-geschillen. Bovendien heeft de Afdeling in de ruimtelijke ordening en het milieurecht vaak veel ruimte voor het bestuur willen overlaten. Dit heeft als vanzelf geleid tot een veel afstandelijkere invulling van de rechterlijke taak.

45. A.F.M. Brenninkmeijer, 'De burger tussen de ambities en doelstellingen van de Awb' in: T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels, *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer (2019), p. 39-47 en A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtszekerheid ex ante en ex post' in: Special NTB 25 jaar Algemene wet bestuursrecht. Verschillende generaties over een jarige wet, *NTB* 2019/11, afl. 3, p. 116-118.